



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale / Landini, Sara. - In: DIRITTO PENALE E PROCESSO. - ISSN 1591-5611. - STAMPA. - (2017), pp. 1-6.

Availability:

This version is available at: 2158/1077677 since: 2020-12-09T15:45:56Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale

di [Sara Landini](#)*

Il saggio, prendendo spunto dalla recente ordinanza di remissione alle sezioni unite della questione circa la delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi, considera la possibilità di impiegare i cc.dd. danni punitivi come risposta agli illeciti civili secondo l'ordinamento italiano. L'indagine è compiuta tenuto conto dei profili di ordine pubblico, delle esigenze di depenalizzazione e dei principi cui è ordinata l'irrogazione di sanzioni punitive.

Commentato [s1]: Per Autore: nelle note fornire i nomi degli autori.

Premessa

La ordinanza di remissione alle sezioni unite della questione della ammissibilità della delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi¹ ha vivacizzato un più generale dibattito, a dire il vero mai sopito², relativo alla possibilità di concepire gli stessi come risposta agli illeciti civili secondo l'ordinamento italiano per finalità di deterrenza.

Quest'ultimo profilo, su cui vorremmo incentrare la nostra attenzione, riguarda piuttosto l'ambito della discrezionalità del giudice nella quantificazione della obbligazione risarcitoria.

Sia nella responsabilità contrattuale sia in quella extracontrattuale oggetto dell'obbligazione conseguente all'illecito (rispettivamente *ex artt.* 1218 e 2043) è il "risarcimento del danno". In entrambi i casi, in base al richiamo di cui all'art. 2056, trova applicazione sul punto l'art. 1223 secondo il quale il risarcimento del danno "deve comprendere così la perdita subita...come il mancato guadagno in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". Né pare possibile che l'impiego del criterio equitativo, nella determinazione del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria, apra *de plano* alla possibilità di irrogare danni punitivi in senso proprio da parte del giudice civile.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016 con nota di E. D'Alessandro, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite*. "Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria".

² Cfr. in specie Spillari, *I danni punitivi: mito o realtà?*, in *Studium juris*, 2014, 1407 ss.; Bona, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, "nuova" (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2014, 505; Benatti, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, ivi, 2012, 263; Tesaro, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contr. e impr. - Europa*, 2012, 599 ss.; Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. privato*, 2009, 909 ss.; Ponzanelli, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461; P. Padoles, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 341 ss.

L'art. 1226, in tema di responsabilità contrattuale richiamato in ambito extracontrattuale dall'art. 2056, si limita a prevedere che "se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa". L'equità del giudice è quindi un criterio operante in via residuale, ovvero solo quando non sia possibile determinare il preciso ammontare del danno, un criterio peraltro limitato alla quantificazione di un danno che deve essere provato, anche in via presuntiva, dal danneggiato che agisce per il risarcimento³.

Non si vuol negare che, nella pluralità di funzioni della responsabilità civile⁴, questa abbia anche un fine di deterrenza come comprovato da disposizioni di legge, tra cui ricordiamo l'inassicurabilità degli illeciti civili dolosi ex art. 1917⁵. Una simile funzione è comunque spiegata anche dalla responsabilità civile in funzione compensativa.

Per parlare di un "risarcimento punitivo" in senso proprio occorre fare riferimento ad una sanzione che non compensa il danno patito, ma che crea un ulteriore danno a carico del danneggiante⁶. Del resto la nostra giurisprudenza nel determinare se una sentenza straniera contenga una condanna a danni punitivi o a mero risarcimento tiene conto della funzione compensativa dell'obbligazione a carico del danneggiante⁷.

A nostro avviso la soluzione che verrà dalle sezioni unite non dovrebbe incidere su tale ulteriore questione essendo piuttosto rivolta a prendere in considerazione profili di ordine pubblico internazionale. Può essere comunque utile, ai fini della più generale problematica, ripercorrere gli orientamenti in materia non solo dei giudici italiani.

Ordine pubblico e sanzioni punitive civili

Due sono i criteri di valutazione finora adottati al riguardo dalle Corti europee nella soluzione del problema della delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi: la conformità della sentenza straniera all'ordine pubblico e la natura penale o civile del rimedio ivi previsto.

Col primo criterio si intende evitare che, mediante l'esecuzione di una sentenza straniera, si sovverta l'ordine dello Stato in cui ha luogo il giudizio di delibazione violandone i principi fondamentali⁸.

³ V. da ultimo Cass. 27 giugno 2016, n. 13224, in *D&G*, 2016, 28 giugno: "In merito alla qualificazione del danno da occupazione abusiva di immobile, quale danno 'in re ipsa', il danneggiato è onerato della prova del pregiudizio patrimoniale subito dalla lesione del diritto reale o personale esercitato sul bene, o comunque della situazione di fatto consistente nel legittimo esercizio del possesso, pregiudizio che non coincide con l'evento lesivo, essendo un quid ontologicamente distinto dalla violazione della preesistente situazione giuridica che qualifica la titolarità in capo ad un soggetto della relazione di interesse con la res.". In caso di lesione di diritti assoluti e di diritti della personalità la Cassazione ha riconosciuto che si ha danno *in re ipsa* e che non incombe al danneggiato "altra prova che non quella della sua estensione": Cass. 22 giugno 2016, n. 12954, in *DeJure*, 2016 e prima Cass. 15 giugno 2012, n. 9854, in *Dir. autore*, 2012, 3, 350; Cass., Sez. I, 14 marzo 2001, n. 3672, in *Dir. ind.*, 2001, 301. Resta la prova della "estensione" del danno in concreto patito.

⁴ V. P. Perlingieri, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.; S. Patti, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. civ.*, 2009, 165 ss.; V. Roppo, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 288 ss.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 19; S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.

⁵ Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993; Alpa, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assicurazioni*, 1995, I, 534 ss.; Cavallo Borgia, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in Cavallo Borgia (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, 3 ss.

⁶ Una delle questioni sottoposte alla attenzione della *Supreme Court* negli USA, che ha permesso una presa di posizione della giurisprudenza americana sulla distinzione tra *compensatory damages* e *punitive damages*, riguarda la tassazione delle rispettive entrate. Cfr. *O'Gilvie et al. v. United States* 117 S.Ct. 452, 456-457 (1996). In base allo *Small Business Job Protection Act* del 1996 solo i primi sarebbero esenti da tassazione. La *Supreme Court*, chiamata a rispondere sulla retroattività della suddetta regola, ha argomentato la propria decisione sulla base della diversa funzione di punitive e *compensatory damage*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i *compensatory damages* sarebbero esclusivamente indirizzati a ricostituire la sfera del lesso del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato. Sul punto E. Urso, *I punitive damages fra regole standards e principi: una indebita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, 2014.

⁷ Ritene la Corte "di poter desumere dalla mancanza di indicazioni giustificative della determinazione del danno da parte (del giudice di merito)... natura e finalità punitiva della condanna al risarcimento": Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giust. civ.*, 2007, 10, I, 2124. Diversamente Pret. Milano 6 luglio 1989, in *Dir. ec. assic.*, 1989, 867, secondo cui il giudice ordinario civile o penale ha facoltà di determinare l'ammontare del danno risarcibile in via equitativa qualora non sia possibile una precisa quantificazione, e nell'uso di tale potere deve tener conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore, ma una tale liquidazione non va intesa quale "danno punitivo" (secondo l'orientamento della giurisprudenza di *common law*) ma applicazione pratica dei criteri di liquidazione previsti dall'art. 18, L. n. 349 del 1986.

⁸ Alcuni Autori rilevano come il concetto di ordine pubblico impiegato a tal fine risulti più ristretto di quello impiegato nel valutare la

La seconda modalità di valutazione è legata ad un'idea di pena come espressione dell'*autoritas* che il singolo Stato viene ad esercitare sui soggetti sottoposti alla sua giurisdizione. Di qui la difficoltà di ammettere la possibilità che un altro Stato intervenga in siffatta relazione⁹.

Non indugiamo in questa sede sul contrasto giurisprudenziale che in Italia sul punto ha portato alla remissione davanti alle sezioni unite¹⁰. Ricordiamo come in altri ordinamenti il problema si sia ugualmente posto portando a riflessioni rilevanti su un piano più generale.

In un caso di condanna al pagamento di *punitive damages* emessa dalla *Superior Court* Californiana contro una compagnia tedesca, il BGH ha individuato limiti alla delibazione nell'*ordre public* nei "*Grundrechten*" e nei "*wesentlichen Grundsatzes des deutschen Rechts*"¹¹.

In tal caso il BGH, dopo aver escluso l'esistenza nell'ordinamento tedesco di fenomeni analoghi ai cc.dd. danni punitivi, che valga a riconoscere la conformità degli stessi ai principi su cui questo si fonda, individua una serie di possibili punti di contrasto tra l'ordine pubblico, per come esso è stato individuato dalla stessa Corte, e i *punitive damages*.

In particolare essi lederebbero il principio della proporzionalità della pena in quanto la quantificazione dei *punitive damages* in America risulta svincolata da qualsivoglia parametro legale e rimessa alla piena discrezionalità del giudicante.

Si ripresenta così il problema più generale di conformità dei cc.dd. danni punitivi ai principi del diritto penale propri dei sistemi di *civil law*. Con i *punitive damages* saremmo, infatti, nella sostanza, di fronte a pene irrogate in difetto delle ordinarie garanzie costituzionali riconosciute a favore del reo. Si tratta di un problema avvertito recentemente anche negli Usa ove la *Supreme Court* ha dovuto più volte pronunciarsi sulla conformità dei *Punitive damages* alla *due process clause*¹².

validità ed efficacia di fenomeni interni. Cfr. Saravalle, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. int. dir. priv. proc.*, 1993, 867 ss.; Broggin, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 477 ss.

⁹ Per queste ultime considerazioni v. Broggin, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, cit.

¹¹ Cfr. BGH 4 giugno 1992, cit.

¹² Al riguardo si segnalano alcune note pronunce della *Supreme Court* che hanno risolto il problema della non conformità dei *punitive damages* alle garanzie costituzionali distinguendo quest'ultimi dalle sanzioni pecuniarie penali. In tal senso, ad esempio, si è pronunciata la Corte nel caso *Browning-Ferris v. Kelco*, in *Foro it.*, 1990, IV, 174 con nota di M.S. Romano, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*. In questo caso la *Supreme Court* non ha ritenuto riferibile ai *punitive damages* la clausola dell'eccessiva onerosità delle sanzioni pecuniarie di cui all'VIII emendamento, in quanto questi rimangono strumenti di diritto privato. Sul punto Ponzanelli, *"Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte suprema Usa*, (nota a *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991)); ID. I *"punitive damages"* il caso *Texano* e il diritto italiano, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 405 ss.; R. Pardolesi, *Per un pugno di (miliardi) di dollari*, in *Foro it.*, 1987, IV, 300.

Più sentito, invece, è il problema della possibilità di porre limiti all'entità della somma determinata dalla giuria.

Sullo sfondo c'è il problema della discrezionalità della giuria nei processi civili (v. Ponzanelli, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi* (nota a *Engle v. R.J. Reynolds*), in *Foro it.*, 2000, IV, 450. Sul correlato problema di *overcompensation* v. ancora Ponzanelli, *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 30).

Sul punto vari sono stati recentemente gli interventi della *Supreme Court*. Nel caso *mutal Life Insurance Co. v. Haslip*, cit. la Corte ha ritenuto legittima la legislazione dello Stato dell'Alabama ove era prevista la possibilità di fornire istruzioni alla giuria sulle funzioni di deterrenza e compensazione propri dei danni punitivi ai fini della loro quantificazione e che fosse sempre ammissibile a *"meaningful postverdict review"*, senza che ciò debba comportare l'individuazione di *"a mathematically bright line"* tra danni punitivi costituzionalmente ammissibili e non.

Ancora nel caso *TXO Production Co. v. Alliances Resources*, 509 U.S. 443 (1993), in *Foro it.*, 1994, IV, 92 con nota di Ponzanelli, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi* e nel caso *Honda Motor Co. Ltd et al. v. Oberg*, 512 US 415 (1994) è stata individuata la necessità di un controllo ulteriore della S.C. sul *quantum debeatur* a titolo di *punitive damages*.

In tutte queste ipotesi però la S.C. ha mancato di indicare alle Corti inferiori dei parametri cui uniformarsi per determinare l'entità dei danni punitivi conforme alla Costituzione.

Nel caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss. con nota di Ponzanelli, *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, invece, la Corte, in relazione al XIV emendamento, ha individuato i criteri di determinazione dei danni punitivi nel grado di riprovevolezza della condotta del reo, nella relazione tra i *"punitive damages"* e *"compensatory damages"* e nella comparazione tra i danni punitivi e le *"criminal penalties"* che possono essere imposte per condotte simili.

Del resto alcuni di tali criteri sono contenuti anche nel *Model Punitive Damages Act* del 1996 *section 7*: *"the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and other; the amount of compensatory damages; any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct; the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition; any profit or gain obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be devested by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution; any adverse effect of the award on innocent persons"*.

Sulla limitazione dei poteri della giuria nella determinazione del *quantum* dei danni punitivi v. più recentemente S.C. degli Stati Uniti d'America, 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 355 con nota Ponzanelli, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati*

Tale aspetto rileva anche ai fini della trattazione del secondo criterio cui le Corti europee hanno improntato i loro giudizi di delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento appunto di *punitive damages*: la natura civile o penale di tale rimedio.

Le pronunce che si sono avute, al riguardo, tendono in genere ad attribuire natura penale ai cc.dd. danni punitivi¹³. Cercano, per contro, almeno in alcuni casi, di ricondurre il rimedio al diritto privato le Corti inglesi le quali fondano le proprie conclusioni su un dato puramente formale: il soggetto cui è dovuta la somma comminata a titolo di *punitive damages* è il privato vittima del torto¹⁴.

Rappresenta una distinta questione il riconoscimento di effetti civili che possano avere una funzione sanzionatorio punitiva anche in chiave di *private enforcement*.

Del resto da tempo la nostra Cassazione, anche quando ha negato la delibazione di sentenze di condanna a danni punitivi, ha però ammesso la delibazione di condanne ad altri mezzi sanzionatori¹⁵.

A ben vedere nelle pronunce dei nostri giudicanti non compare un'idea di esclusiva del legislatore penale nella previsione di sanzioni punitive¹⁶. Né si può negare che nel diritto civile vi siano altri strumenti¹⁷, anche negoziali, aventi funzione punitiva-deterrente, basti pensare alle note clausole bonus - malus presenti in contratti di assicurazione volte a contenere fenomeni di *Moral Hazard* rispetto agli assicurati incentivando condotte prudenziali di questi¹⁸.

Le sanzioni punitive civili...una via di depenalizzazione?

L'idea di sanzioni punitive civili ha trovato eco anche nel diritto penale che vi ha visto una diversa via del processo di depenalizzazione. Sono sostanzialmente tre gli ambiti in cui si colloca il rinnovato interesse dei penalisti per i "danni punitivi".

Il primo riguarderebbe le ipotesi in cui all'illecito non consegue un danno o consegue un danno inferiore alla gravità dell'offesa.

L'idea di pena privata risulterebbe, allora, rispondente all'esigenza di individuare un rimedio per quegli illeciti civili che, dando luogo ad un'obbligazione risarcitoria nulla o di lieve entità, potrebbero non trovare un'adeguata risposta, sul piano della prevenzione, nel sistema della responsabilità civile.

Il secondo caso concerne l'ipotesi in cui l'arricchimento, che il danneggiante consegue in relazione all'illecito, risulta superiore al danno risarcibile.

Questo ambito si distingue dal precedente perché non riguarda la possibile differenza tra offesa e danno e quindi tra lesione dell'interesse e danno risarcibile, ma tra i guadagni e i costi che dall'illecito possono derivare al danneggiante. Pertanto, nel caso in cui i primi risultino superiori ai secondi, si avrebbe una riduzione

nordamericani.

¹³ V. in particolare BGH 4 giugno 1992, cit.

¹⁴ S.A. *Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd* (1978) Q.B. 29, 299.

¹⁵ Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, I, 3951.

"L'ordine pubblico italiano non osta al riconoscimento delle astreintes previste in altri ordinamenti (nella specie, in quello belga), trattandosi di misure dirette ad attuare una pressione sul debitore perché adempia, non confondibili con i danni punitivi, conosciute anche dalla legislazione interna."

¹⁶ La possibilità di parlare di sanzioni punitive civili ha trovato l'opposizione di quanti vedevano in ciò una possibile contaminazione tra sistema della responsabilità civile e sistema della responsabilità penale considerando la stessa proposizione dell'idea un attacco all'*auctoritas* statale che trova espressione nella stessa irrogazione della pena. Esmein, *Peine ou réparation*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Parigi, 1961, 37 ss.; R. Jhering, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, 227. Ad un periodo di ostilità per le sanzioni punitive civili segue un periodo che potremmo definire di sostanziale disinteresse ovvero di accettazione di un'idea che però non sembra trovare rispondenza nel diritto applicato e che finisce per essere identificata con un risarcimento connotato da una maggiore funzione repressiva. Cfr. L. Jarach, *Pena civile*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, V, 1, Milano, 1939, 386, il quale osserva come non basta riferirsi ad obbligazioni risarcitorie che hanno solo una "colorazione e funzione vagamente sanzionatoria" per parlare di pena privata.

¹⁷ Sul fatto che non esista un unico modello di pena privata si veda in particolare il contributo di E. Moscati, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, 552 ss.

¹⁸ Oltre all'art. 614 bis c.p.c., si possono ricordare misure compulsorie indirette previste in tema di brevetti e marchi, quelle di cui all'art. 114 del D.Lgs. del 2010, n. 140, comma 7, c. cons. o 709 ter c.p.c. Sul punto Paladini, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreintes*, in *Fam. dir.*, 2012, 853 ss.; Plaia, *La inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d'autore*, in *Contr. e impr.*, 2001, 750 ss. Ricordiamo infine l'art. art. 96, comma 3, c.p.c. Sulla sua natura punitiva Busnelli, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss.; Dalla Massara, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 55 ss.

dell'efficacia deterrente della responsabilità civile¹⁹.

Una terza ipotesi in cui, secondo alcuni Autori, sarebbe auspicabile il ricorso ai danni punitivi è quella in cui il costo sociale dell'illecito risulta superiore ai singoli risarcimenti che il responsabile potrà trovarsi a dover corrispondere²⁰.

Due, sostanzialmente, le ipotesi in cui può attuarsi una simile condizione: in primo luogo occorre considerare il caso in cui vi sia nuovamente una dissociazione tra la gravità dell'offesa che trascende la sfera individuale e il danno risarcibile. Si pensi all'ipotesi in cui si è attuata una condotta che dà luogo ad un concreto pericolo di danno rivolto ad una pluralità di consociati, laddove, però, il danno risarcibile si attua solo nei confronti di alcuni di questi.

Il secondo caso si ha quando il danno sociale non coincide con i danni individuali che il responsabile ipotizza di dover risarcire tenuto conto del minor numero di danneggiati che, in concreto, agirà in giudizio e riuscirà ad ottenere il risarcimento²¹.

Prima di accogliere senza riserve l'idea di pena privata occorrerà, però, valutare se sia realmente necessaria l'introduzione del concetto di pena all'interno del sistema di responsabilità civile per raggiungere tali scopi e quali dubbi rechi con sé una simile soluzione.

Come abbiamo avuto modo di osservare, non sono solo gli interpreti del diritto civile ad occuparsi della opportunità di un recupero dell'idea di pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

L'attenzione dei penalisti per tale tema muove dalla necessità, che nel diritto penale si va avvertendo, di ripensare al ruolo della pena nel sistema delle tecniche di tutela²².

Varie sono le ragioni addotte a favore di una "riscoperta" dei danni punitivi quale strumento per corroborare la funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile onde farne un'autentica alternativa alla pena pubblica.

In primo luogo queste potrebbero sostituirsi all'applicazione di pene che importano una restrizione della libertà personale, in una prospettiva che tende a rivalutare il reo come individuo rendendo strettamente eccezionali le ipotesi in cui è dato intervenire attraverso una compressione delle sue libertà fondamentali.

Sotto un diverso punto di vista, inoltre, si tende ad evidenziare il ridotto effetto preventivo - deterrente che può avere una pena detentiva rispetto a talune ipotesi di reato con particolare riguardo agli illeciti che hanno uno scarso impatto sociale e che non sono da riferire ad una condotta intenzionale²³.

In tale logica i danni punitivi rappresenterebbero una valida alternativa alla pena pubblica in quanto aventi riflessi esclusivamente sul patrimonio del reo. A differenza delle pene pecuniarie proprie del sistema penale, infatti, queste non sarebbero convertibili, in caso di inadempimento del reo, in una pena detentiva.

Inoltre, mentre quest'ultima si riduce alla produzione di un nuovo evento pregiudizievole, che si determina a carico del reo e che va ad aggiungersi al danno da questi cagionato, i danni punitivi, rappresentando un beneficio per l'offeso, potrebbero determinare una reale compensazione della lesione perpetrata nella sfera di quest'ultimo, compensazione che rivestirebbe particolare valore ove nel reato siano stati coinvolti interessi privati²⁴. In tal caso, infatti, la riparazione del torto²⁵, quale fine del diritto penale, si ridurrebbe ad una riparazione del danno ovvero della lesione dell'interesse privato e delle relative conseguenze dannose.

¹⁹ Cfr. P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 16.

²⁰ Sul punto P. Gallo, *op. cit.*, 18.

²¹ Al riguardo P. Gallo, *op. ult. cit.*, 18 ss. ricorda il caso *Ford Corporation v. Grinshaw* 174 Cal. Rptr. (1981), 348 in cui per iniziativa dei produttori dell'autovettura era stato collocato il serbatoio nella parte posteriore del veicolo onde, tra l'altro, ottenere un risparmio sui costi di produzione di soli 15 dollari per ogni auto. Tale scelta aveva dato luogo all'esplosione, in seguito ad un tamponamento, di uno degli autoveicoli così realizzati.

²² Cfr. T. Padovani, *L'utopia punitiva- Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 237 ss.; F. Bricola, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Milano, 1997, 187 ss.

Il tema non trova spazio solo negli studi della scienza penalistica italiana Cfr. C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 382 ss.

²³ In particolare T. Padovani, *op. loc. ult. cit.*

²⁴ Cfr. F. Bricola, *La riscoperta delle pene private*, in *Pol dir.*, 1985, 71 ss., 73.

Tale prospettiva sembra inserirsi nel più vasto contesto dell'interesse del diritto penale per la vittima sia per il ruolo che la stessa può rivestire nella genesi del reato sia sotto il profilo delle esigenze riparatorie che da questo possono conseguire. Cfr. P. Nuvolone, *La vittima nella genesi del delitto*, in *Indice Pen.*, 1973, 640 ss.; C. Roxin, *La vittima nel sistema penale*, in *Indice Pen.*, 1989, 5 ss.

²⁵ Sull'importanza della riparazione del torto come fine del diritto penale v. G. Del Vecchio, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, *passim* in particolare 8-10.

Peraltro mediante l'impiego di sanzioni punitive civili la partecipazione dell'offeso si attuerebbe anche a livello del procedimento di condanna del responsabile.

La pena privata, a differenza della pena pubblica, infatti, sarebbe irrogata su istanza del soggetto danneggiato essendo disancorata dalla regola dell'obbligatorietà dell'azione penale²⁶.

Un'altra ragione, che ha spinto la scienza giuridica ad interrogarsi sulla possibilità di riconoscere nei danni punitivi un'alternativa alla pena pubblica, risiede nella maggior duttilità del risarcimento del danno. Come è stato osservato i *punitive damages*, a differenza di quelle pubbliche si troverebbero ad operare in “ assenza di vincoli in ordine alle fonti, (con) meno accentuate esigenze di tipicità e di tassatività, (con) possibilità di delineare forme di responsabilità imperniate sul rischio, (con) possibilità di inversione dell'*onus probandi*”²⁷.

Attraverso l'impiego dei danni punitivi, in quanto operanti al di fuori delle strettoie rappresentate dalla tipicità degli illeciti penali, sarebbe allora possibile ampliare la tutela contro le condotte antigiuridiche senza incontrare il veto del principio *nullum crimen sine lege*.

Occorrerebbe però chiedersi se, per raggiungere questi obbiettivi, sia necessario “penalizzare” la responsabilità civile, oppure se una risposta più adeguata a tali istanze sia rinvenibile in una responsabilità civile mutata ma autenticamente privatistica.

In vero, come detto in premessa, la risposta è forse già contenuta nell'art. 1226 c.c. che individua nell'equità del giudice un criterio residuale “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”. Il che vuol dire che ove il danno possa essere provato nel suo preciso ammontare, anche se ricorrono esigenze di una quantificazione punitiva, il giudice non può spingersi oltre in base alla disciplina del risarcimento per fatto illecito. Ove poi il giudice possa fare ricorso al criterio equitativo, questo dovrà essere impiegato per determinare l'entità del danno, la cui estensione deve essere provata dal danneggiato, e il giudice dovrà motivare al riguardo.

Ove poi si ammettesse che l'equità del giudice possa spingersi a quantificare la posta risarcitoria in assenza di criteri direttamente collegati al danno patito seguendo una logica afflittiva, bisognerebbe allora chiedersi se il giudizio civile in tali casi non debba seguire i principi garantisti della difesa nel processo penale a partire dal principio della prova oltre ogni ragionevole dubbio. Se il risarcimento diviene pena rimane da chiedersi se sia corretto che il procedimento civile, in caso di condanna a sanzioni punitive civili, non debba essere assistito dai principi propri del procedimento penale²⁸, prendendo le distanze da quegli orientamenti giurisprudenziali che hanno giustificato, ad esempio in materia di prova del nesso causale nel processo civile e nel processo penale, distinti criteri di accertamento²⁹.

²⁶ Sul punto Bricola, *op. loc. ult. citt.*

²⁷ Così Bricola, *op. ult. cit.*, 75. Tali considerazioni erano già state formulate dall'Autore in Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 48 ss.

²⁸ Antolisei, *L'offesa e il danno*, Bergamo, 1930, 163. Con ciò non si vuol dimenticare i più recenti approcci al concetto di pena.

²⁹ “In tema di responsabilità civile per danni, il nesso causale è regolato dagli art. 40 e 41 c.p., secondo cui un evento è da ritenersi causato da un altro se non si sarebbe verificato in mancanza di quest'ultimo, nonché dal criterio di causalità adeguata in forza del quale, all'interno della serie causale, occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione 'ex ante'- del tutto inverosimili. In ogni caso, pur con riferimento alle medesime disposizioni di legge, resta ferma la diversità del regime probatorio applicabile, in sede civile ed in sede penale, all'accertamento del nesso causale, sicché, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi, per l'accertamento del nesso causale in materia civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del 'più probabile che non', mentre nel processo penale la prova del nesso causale deve essere fornita 'oltre ogni ragionevole dubbio': così Cass. 23 settembre 2013, n. 21715, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2014, 2, 289.